

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La protección de los trabajadores de las empresas multiservicios. Propuestas legales, convencionales y judiciales

Patricia NIETO ROJAS*

RESUMEN: El presente artículo se centrará en las posibles propuestas de intervención ante la precariedad que define las condiciones laborales de muchos trabajadores que son contratados por empresas multiservicios, valorando, en primer lugar, los efectos de la reciente aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público y especialmente el impacto que tendrá el apuntalamiento del convenio sectorial sobre la licitación pública, para seguidamente analizar la proposición de ley dirigida a la reforma del art. 42 ET. Paralelamente, la segunda vía de protección está siendo articulada mediante la negociación colectiva y la tercera respuesta está siendo impulsada por la doctrina judicial: de un lado, identificando cuál es el convenio colectivo aplicable a esta actividad, incluso en empresas que cuentan con convenio colectivo propio y de otro, mediante la anulación en sede judicial de muchos convenios de empresas multiservicios por vulnerar el principio de correspondencia en relación al ámbito de afectación del convenio suscrito y la legitimidad del representante legal firmante.

Palabras clave: Empresas multiservicios; precariedad; reformas legales; negociación colectiva; descentralización productiva.

SUMARIO: 1. La precariedad de los trabajadores de las empresas multiservicios como punto de partida. 2. La respuesta legislativa. 2.1. La ley de Contratos del Sector Público. 2.1.1. La aplicación del convenio sectorial. 2.1.2. La adecuación de La Ley de Contratos del Sector Públicos al ordenamiento comunitario a la luz de la STJUE Ruffert. 2.2. La propuesta de modificación del art. 42 ET. 3. La respuesta convencional a las empresas multiservicios. 3.1. El plan de acción confederal de CCOO y UGT. 3.2. La respuesta sectorial. 3.3. Nuevos caminos a transitar: convenios de empresas vinculadas. 3.4. ¿Es posible una negociación sectorial en el ámbito de las empresas multiservicio? 4. La respuesta judicial. 4.1. La aplicación del convenio sectorial aun existiendo un convenio de empresa. 4.2. La anulación de los convenios de empresas multiservicios. 5. Algunas consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* Profesora ayudante Doctora Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Patricia.nieto@uc3m.es.

The protection of employees of the “Service Bunisses” Companies. Legal, collective bargaining and judicial proposals

ABSTRACT: This article focuses on the main principal answers articulated to a consolidated phenomenon: the job precariousness in most of the “service business” or “multiservice business”. First of all, we analyze the new law of public contracts, then the space of the statutory regulatory about contracts and suppliers and the possible effects for workers in “multiservice companies”. The second part of this article is the answer of collective bargaining to this phenomenon in the sectorial and the enterprise level and finally we focus in the judicial doctrine: on the one hand, identifying what is the collective agreement applicable to this activity, even in companies that have their own collective agreement and, on the other hand, by the annulment in the judicial seat of many conventions of Multiservice companies for violating the principle of correspondence in relation to the scope of impact of the signed agreement and the legitimacy of the legal representative signatory.

Key Words: “Service Business”; precariousness; legal reforms; collective bargaining; decentralization of production.

1. La precariedad de los trabajadores de las empresas multiservicios como punto de partida

Al igual que ocurrió a mediados de los años noventa con las empresas de trabajo temporal cuando su legalización se tradujo en una “clara diferencia de estatutos jurídicos entre los trabajadores de las empresas usuarias y los trabajadores cedidos”¹, en los últimos años se ha consolidado otro tipo de operador económico, el constituido por empresas multiservicios, cuya capacidad para actuar en el mercado deriva principalmente de su actuación sobre las variables económicas, generando una situación de rebaja clara de las condiciones laborales. Certeramente se ha señalado que “resulta preocupante la proliferación en el mercado de empresas de externalización de servicios que, basadas en un abaratamiento de los costes laborales por el sencillo mecanismo de constituir mercantiles a las que se dota de un convenio colectivo propio inferior siempre a los precios de los convenios de sector, compiten en condiciones ventajosas con otras empresas con costes más elevados (es palmario para las ETT que han de abonar el mismo salario que la usuaria) y se aprovechan en situación de crisis económica de la depreciación del valor de los recursos humanos. Ahora bien, quizá no sea la jurisdicción social (...) el cauce idóneo para que los poderes públicos puedan atajar estas prácticas ilícitas cuando efectivamente se produzcan”².

Su consolidación ha tenido un profundo impacto sobre la estabilidad en el empleo y sobre las condiciones de trabajo del personal contratado por estas empresas³. Ante esta realidad, ya en el Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, se alertaba de diversas disfunciones en el marco de las cadenas de subcontratación de configuración reticular o piramidal, singularmente derivada de la generalizada presencia de “empresas de servicios”, incluso de aquellas que no se dedican a una actividad concreta y específica, sino a varias (empresas “multiservicio”), que en realidad se dedican al prestamismo ilícito de mano de obra, ya que su función se limita única y exclusivamente al suministro de trabajadores, aplicándose a estos trabajadores convenios

¹ Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 46.

² SAN 30.5.2014 (Proc. 99/2014).

³ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid, p. 15.

que establecen tablas salariales inferiores a las de la empresa cliente o principal⁴. Sobre esta variable, el recién aprobado Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020 incluye una evaluación del Plan de Lucha contra el Fraude, habida cuenta que desde su aprobación y hasta el pasado mes de febrero de 2018, la actuación inspectora ha hecho aflorar más de 7.029 empresas ficticias sin actividad real, creadas con el único objeto de facilitar el acceso indebido a prestaciones⁵, muchas de ellas multiservicios. A este respecto, el informe “*Condiciones salariales de una muestra de convenios multiservicios*”⁶, realizado por el Gabinete Técnico Confederal de la Unión General de Trabajadores, alerta del “debilitamiento de las condiciones de trabajo y la reducción tanto de los derechos laborales como de los salarios, a través simplemente de la creación de mercantiles a las que se les dota de un convenio colectivo propio, inferior siempre a los salarios de los convenios del sector”. Y más recientemente el estudio “*La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*”, elaborado en el seno del Observatorio de la Negociación Colectiva de Comisiones Obreras, destaca que los convenios firmados en estas empresas, normalmente con representaciones no sindicalizadas, facilitan la implantación de las estrategias empresariales, centradas en minorar drásticamente los salarios y las condiciones laborales, alejándose de las condiciones fijadas en los convenios sectoriales de referencia, cuando no autoexcluyéndose totalmente de ellos⁷.

El presente artículo se centrará en las posibles propuestas de intervención ante esta problemática, valorando, en primer lugar, los efectos de la reciente aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en lo sucesivo Ley de Contratos del Sector Público y especialmente el impacto que tendrá el apuntalamiento del convenio sectorial sobre la licitación pública, singularmente en relación a las empresas multiservicios, para

⁴ Criterio operativo 96/2015, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de las empresas de servicios.

⁵ Sobre este Pan (fecha de consulta: 9/4/2018):

http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060418_planinspeccion.aspx.

⁶ El informe puede consultarse en el siguiente enlace (fecha de consulta: 23/2/2018):

<http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=1297>.

⁷ González Calvo, M., “Presentación”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid, p. 9.

seguidamente analizar la proposición de ley⁸ dirigida a la reforma del art. 42 ET y la incidencia que pudiese tener su aprobación, debiendo anticipar que los efectos serán ciertamente reducidos, toda vez que circunscriben la extensión del convenio a las actividades subcontratadas que sean de la propia actividad de la principal lo que conscientemente limita su eficacia para los trabajadores de muchas de estas empresas multiservicios. Seguidamente se abordará la respuesta dada a estas empresas por la negociación colectiva tanto desde el nivel sectorial (ya hemos tenido ocasión de analizar la respuesta dada a esta problemática en algunas investigaciones previas⁹) como a través de una figura apenas transitada pero que, a nuestro juicio, podría resultar óptima, y que no es otra que la negociación de convenios estatutarios de redes de empresa, materializando así la posibilidad contenida en el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (en lo sucesivo, RD Ley 7/2011), de negociar convenios colectivos estatutarios, cuyo ámbito alcance a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas. La tercera parte del artículo se centrará en la respuesta dada por la doctrina judicial.

2. La respuesta legislativa

Con el objetivo de evitar que la externalización productiva sea un medio para reducir costes empresariales, la recientemente aprobada Ley de Contratos del Sector Público obliga a las empresas concursantes a respetar las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, incluso aunque cuenten con convenio propio. Esta regulación normativa, cuyo potencial “efecto arrastre”¹⁰ sobre el sector privado no cabe descartar, se ha completar de con la tramitación parlamentaria de la Proposición de Ley dirigida a la modificación del art. 42 ET para aplicar a los trabajadores de las empresas auxiliares el convenio de aplicación de la empresa principal, siempre, eso sí, que el objeto de la subcontratación corresponda a la propia actividad de la empresa principal.

⁸ Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (DOCG 9.9.2016).

⁹ Nieto Rojas, P., “La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios”, *Información Laboral*, vol. 7, 2017.

¹⁰ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 17.

2.1. La ley de Contratos del Sector Público

La contratación pública tiene un peso considerable en la economía, estimándose que los bienes y servicios adquiridos por organismos públicos representan casi el 17% de Producto Interior Bruto de la Unión Europea y el 16% en España, habiéndose incrementado su volumen por la tendencia a las privatizaciones, la descentralización productiva y la externalización de actividades¹¹. Aun reconociendo a la libre competencia como uno de los principios que ha de ordenar el procedimiento de selección de contratistas en el seno de las Administraciones Públicas, no basta con que la actuación de estas se halle presidida por la búsqueda de la mayor eficiencia económica sino que la misma debiese tomar también en consideración principios que se corresponden con el interés general, especialmente por su gran potencialidad para incidir en las políticas económicas y sociales. “Por un lado, porque puede contribuir a alcanzar los objetivos sociales que se estimen prioritarios en cada momento y por otro, porque goza también de un papel promocional, ya que las prioridades de orden social señaladas en cada momento influyen decisivamente en los sujetos que actúan en el mercado”¹². La suma de ambos factores justifica que la Administración añada cláusulas de naturaleza social en los procedimientos de contratación con la finalidad de aunar la razón económica con objetivos de interés general y en el marco de esta reflexión se ha de enmarcar la apuesta hecha por la Ley de Contratos de Sector Público en relación a la aplicación de las condiciones salariales previstas en la negociación sectorial.

¹¹ Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Cláusulas sociales y contratación pública”, *Diario La Ley*, vol. 8776, 2016, p. 2. Otros informes cifran en el 18.5% el peso que supone la contratación pública en nuestro país, García Rubio, M. (coord.), *Declaración del Consejo Autonómico de Fundaciones del Principado de Asturias acerca de la contratación pública responsable y de las cláusulas sociales en los pliegos públicos de contratación*, Consejo Autonómico Fundaciones Principado de Asturias, Gijón, 2016, p. 7. En el seno de la UE se cifra en un 20% su peso relativo en el PIB, Miranda Boto, J.M., “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 2, 2016, p. 73.

¹² Martínez Fons, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009, p. 5.

2.1.1. La aplicación del convenio sectorial en materia salarial

Es el art. 122.2 de la Ley el que determina que “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirá la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”. Por su parte, el art. 149.4 señala que “los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes” y finalmente el art. 202.2 señala que “los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos”. Entre las consideraciones de tipo social podrán introducirse, entre otras, el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales. Este nuevo marco normativo pretende evitar que la externalización sea un medio de reducir costes mediante la degradación de las condiciones retributivas.

La vía para neutralizar el *dumping social* se logra mediante la aplicación de la negociación sectorial, y en esta decisión subyace “la aplicación por analogía de las previsiones en materia de empresas de trabajo temporal (al considerar que dichas realidades multiservicios rozan el fraude de ley, siendo su única finalidad el descenso de costes salariales)”¹³. Con la redacción aprobada, la empresa contratista no podrá evitar la aplicación del convenio sectorial, normalmente con mayores garantías que el convenio de empresa. En el interés de sus defensores se encuentra, fundamentalmente, impedir de facto una competencia con rebaja de precios a cambio de devaluar las condiciones laborales en la adjudicación de contratos en el sector público, “corrigiendo” de este modo los efectos de la última reforma laboral que permite incondicionadamente la prioridad

¹³ Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 85.

del convenio de empresa en materia salarial¹⁴.

El problema está en determinar qué convenio sectorial es el aplicable si como será habitual esta realiza varias actividades en el marco de la contrata global, existiendo dos interpretaciones: bien la aplicación del convenio sectorial que corresponda a cada actividad, bien un único convenio correspondiente al de la actividad principal, aplicando la doctrina prevalente tras la celeberrima Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015. Para tratar de arrojar algo de luz a esta cuestión, se ha de partir de la especial complejidad que plantea la determinación del convenio aplicable en lo que se “conoce como contratas globales, también llamadas de servicios integrales, cada vez más frecuentes en Administraciones públicas y empresas privadas. En estos casos, donde la atención de los servicios es muy diversa, desde limpieza, a mantenimiento de instalaciones de todo tipo (eléctricas, informáticas, elevadores, etc.), conserjería, vigilancia y seguridad, etc., el principio de especificidad resulta difícil de aplicar en la medida que no es sencillo determinar el objeto de la contrata, que a su vez, delimite el convenio aplicable a la empresa multiservicio”¹⁵, siendo además muy frecuente que un mismo trabajador realice su trabajo en actividades pertenecientes a distintos sectores

La doctrina ha tratado de sistematizar¹⁶ esta variadísima tipología de situaciones para determinar, en definitiva, cuál es el convenio colectivo aplicable.

Respecto a la primera interpretación, la misma comporta que se apliquen tantos convenios como actividades desarrolle la empresa, aplicándose uno u otro según la actividad contratada en cada momento por la empresa principal. Uno de los inconvenientes que plantea la aplicación del principio de especialidad es que hay trabajadores que prestan servicios en distintas actividades en el marco de la misma contrata, por lo cual podrían estar sometidos a distintos convenios. La respuesta aquí sería “como en cualquier otra empresa, la determinada por los criterios funcional y territorial de la norma paccionada”, pues estos serían “los que deben determinar su aplicabilidad”¹⁷.

¹⁴ Véanse las aportaciones de la profesora López Cumbre a la nueva ley, disponible en el siguiente enlace (fecha de consulta: 21/2/2018): <https://goo.gl/V3KVhr>.

¹⁵ Esteve Segarra, A., “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015”, *Revista de información laboral*, vol. 9, 2015.

¹⁶ Siguiendo la construcción efectuada en la ponencia “Contratas y subcontratas” de la Magistrada M^a Luisa Segoviano dictada en las Jornadas Catalanas de Derecho Social, cuyo texto puede consultarse en: www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=343.

¹⁷ STSJ Andalucía 21.6.2002 (R^o 3025/2010).

Cuando se trata de establecer el convenio aplicable a trabajadores de una empresa multiservicios deberemos determinar cada una de las actividades ofertadas para aplicar el convenio que se corresponda con esas actividades a los trabajadores ocupados en las tareas inherentes a aquellas. Serían de aplicación, por consiguiente, tantos convenios como actividades lleva a cabo la empresa multiservicios. Por esta vía se inclina parte de la doctrina, que, a falta de convenio colectivo propio de empresa, afirma aplicables tantos convenios colectivos sectoriales como actividades diversas se desarrollan. También esta es la solución adoptada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos¹⁸. A partir de estos presupuestos, como en cualquier otra empresa, es la actividad preponderante de la empresa de servicios o multiservicios la que determina el convenio aplicable con el añadido de que, por aplicación del principio de especialidad o especificidad, como en este caso no existen actividades económicas razonablemente inescindibles, puede convivir más de una norma sectorial o incluso quedar una parte de los trabajadores de la empresa sin convenio colectivo alguno si se trata de una actividad que, además de perfectamente diferenciada, no está reglada¹⁹. “El objeto social de estas empresas es tan amplio que cabe entender que a su personal le son aplicables diversos convenios en función del tipo de actividad desarrollada, pues precisamente la empresa se caracteriza por su falta de homogeneidad productiva y el desarrollar actividades distintas según el cliente, proporcionando trabajadores de distintas categorías”²⁰. El criterio de especialidad solventa el problema que nos ocupa cuando la empresa multiservicio desarrolla una pluralidad de actividades, concurrentes o no, en el ámbito de una misma contrata, y todas ellas cuentan con cobertura sectorial, pero no permite solucionar la situación respecto a los trabajadores destinados a actividades carentes de protección convencional²¹.

La segunda interpretación vendría dada por la aplicación del convenio que corresponde con la actividad principal subcontratada en base al principio

¹⁸ El entrecomillado pertenece al Criterio operativo Inspección sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios. Y con múltiples referencias a Expedientes de la CCNCC que confirma esta interpretación, Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, op. cit., p. 85; Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, op. cit., p. 60.

¹⁹ STSJ Andalucía 21.6.2002 (R° 3025/2010).

²⁰ Esteve Segarra, A., “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015”, op. cit.

²¹ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, op. cit., p. 25.

de unidad de empresa²². El problema de esta última interpretación es que parece difícil de trasladar a una actividad tan singular como es la desarrollada por las empresas multiservicios.

2.1.2. La adecuación de La Ley de Contratos del Sector Públicos al ordenamiento comunitario a la luz de la STJUE Rüffert

La Directiva 96/71 permite que, bajo ciertas condiciones, en las prestaciones transnacionales con desplazamiento de trabajadores se imponga la aplicación de algunas normas de los convenios colectivos de trabajo del país de destino si bien el apartado 8 del art. 3 de esta Directiva 96/71 especifica que solo respecto a los convenios que tengan carácter de generalidad, es decir, solo los que deban ser aplicados por todas las empresas de un sector o profesión en el determinado ámbito territorial en el que la empresa desplaza trabajadores de otro país miembro. En defecto de un sistema que permita esta declaración de aplicación general para un convenio colectivo, la Directiva 96/71 prevé dos posibilidades adicionales; la primera es la generalidad de hecho, esto es, los que sin ser generales por imperativo legal, sean en la práctica de aplicación a todas las empresas del ámbito correspondiente. La segunda combina el criterio de aplicación ampliamente extendida con el hecho de haber sido firmado por organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional. Tanto en uno como en otro caso la aplicación imperativa de convenio colectivo del país de destino se realizará solo si las empresas que puedan competir con aquella que realiza el desplazamiento estén bajo la cobertura del convenio en cuestión, y exclusivamente en las materias incluidas en el apartado primero del mismo art. 3.

Aunque esta regulación pudiera dar a entender que no existen posibilidades reales para aprovechar costes laborales bajos en otro país de la Unión, toda vez que las empresas de otros países miembros siempre habrían de competir bajo las mismas reglas de juego que las nacionales, la diversidad de regímenes nacionales en materia de negociación colectiva, unida al celo que ha puesto el Tribunal de Justicia en defensa de la libertad de establecimiento, ponen en entredicho dicha afirmación²³, especialmente

²² Esta solución se ha aplicado, en el marco de la subcontratación, entre otras en la SSTS 17.3.2015 (R° 1464/2014), 29.1.2002 (R° 1068/2001), 17.7.2002 (R° 4859/2000), 31.10.2003 (R° 17/2002) y 31.1.2008 (R° 2604/2007).

²³ Gimeno Díaz de Atauri, P., “La aplicación de convenios colectivos en la prestación transnacional de servicios y el CETA ¿hay riesgo de nuevos “casos Rüffert”?”, en

tras la célebre STJUE de 3 de abril de 2008, C-346/06, Rüffert. Como es bien conocido, en dicho pronunciamiento se planteó si un determinado gobierno -en el supuesto de hecho, el de Baja Sajonia- podía imponer a las empresas contratistas de una obra pública el cumplimiento de las condiciones del convenio sectorial. El TJUE sostuvo que la remisión que hace la ley al convenio hace necesario valorar si en este último se dan las condiciones de generalidad antes referidas, y al no darse estimó que la no aplicación de dicho convenio sectorial por la empresa polaca no era contraria a la normativa comunitaria. Llegados a este punto, cabría plantearse si la vigente Ley de Contratos del Sector Público podría entenderse contraria a la legislación comunitaria por ser considerada impeditiva de la libertad de establecimiento de cualquier empresa de otro Estado Miembro que se vería obligada a aplicar en materia salarial el convenio sectorial, incluso aunque hubiese negociado en España un convenio estatutario de empresa. No parece que pueda prosperar esta interpretación no solo porque de ser así la legislación comunitaria pondría a empresas de otros estados miembros en mejor situación que a las nacionales, para los cuales es evidente que ley posterior prevalece sino porque el ya referido art. 3.8 Directiva expresamente contempla que las condiciones contenidas en convenios colectivos de aplicación general, entendiendo como tales aquellos que deben respetar “todas las empresas pertenecientes al sector o profesión del que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos”, podrán ser impuestas a empresas que desplacen a sus trabajadores a otros Estados Miembros.

Conviene recordar que en la tramitación parlamentaria de la ley no prosperaron las enmiendas que hizo el Grupo Parlamentario Popular²⁴ dirigidas a modificar la previsión que garantiza “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación”, por el de “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo que sea de aplicación”. A juicio de los redactores de estas enmiendas, el artículo 83.1 ET recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva y que es no es otro que el de unidad de negociación, es decir, “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” y por ello entendían “que no puede establecerse en este artículo 122.2 que una empresa haya de

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ed.), *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea*, Cinca, Madrid, 2017, p. 7.

²⁴ BOCG 4.10.2017. Las enmiendas incorporadas en el Senado fueron rechazadas por el Congreso por 171 votos en contra, frente a los 164 votos favorables obtenidos, siendo sin duda relevante el voto negativo de los diputados del Partido Nacionalista Vasco.

cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio. Incluso podría producirse el caso de que las condiciones salariales del convenio sectorial fueran inferiores a las del convenio de empresa aplicable”. Esta interpretación no prosperó en el texto finalmente aprobado.

2.2. La propuesta de modificación del art. 42 ET²⁵

La necesidad de regular la subcontratación de servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal tiene, a juicio de los promotores de la proposición de Ley de modificación del art. 42 ET, dos objetivos fundamentales: de un lado, dotar de seguridad jurídica a la propia subcontratación, definiendo el concepto de propia actividad y las obligaciones que ello conlleva; de otro, evitar la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, basada en la degradación de las condiciones laborales y en la rebaja de la calidad en la prestación de servicios²⁶. Reproduciendo la solución prevista en la normativa de empresas de trabajo temporal, la proposición pretende modificar el art. 42 ET²⁷ en el siguiente sentido:

“Las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales”. Aun aplaudiendo esta proposición de ley, sus efectos serían ciertamente limitados para los trabajadores de empresas multiservicios pues los mismos suelen realizar prestaciones que no forman parte de la propia actividad de la empresa principal, siendo este el presupuesto de

²⁵ Una versión preliminar de este apartado del artículo fue discutida en la comunicación presentada al Congreso sobre “Descentralización productiva y Transformaciones del Derecho del Trabajo”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2017.

²⁶ Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (DOCG 9.9.2016).

²⁷ Con carácter general, de obligada consulta, Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

aplicación del artículo 42 ET²⁸. Para tratar de dar respuesta a estos supuestos, el acuerdo alcanzado durante la tramitación de esta proposición legislativa distingue dos escenarios:

A) “Cuando el objeto de la obra o servicio contratado corresponda con la propia actividad de la principal, a los trabajadores que prestan servicios en la contrata o subcontrata les será de aplicación el convenio colectivo aplicable a la empresa principal, salvo que las condiciones laborales del propio convenio fueran equivalentes”.

B) “De no corresponder con la propia actividad, el convenio colectivo de aplicación será el del sector de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata, ello sin perjuicio de la aplicación en ambos supuestos, del convenio de la empresa si lo hubiere, cuando en su conjunto sea más favorable o en ausencia de los convenios anteriores señalados”. Con esta modificación, incorporada en sede de enmiendas, se preservaría el espacio del convenio de empresa siempre que, en su conjunto y cómputo global, fuese más favorable para los trabajadores que la aplicación del convenio sectorial lo que nuevamente plantea el problema de valorar en su integridad los textos convencionales sometidos a evaluación para determinar, en su caso, cuál es más favorable. Pero es que además la hipotética aprobación de esta reforma no pone el foco en las empresas multiservicios, habiendo sido calificado esta decisión como un “error estratégico y de punto de partida” pues es evidente que “el problema no está en las contrata ni en la externalización de actividad productiva, que forma parte de la organización de la empresa y funciona con razonabilidad en la mayor parte de ocasiones, sino en ciertos abusos localizados en las empresas multiservicios”, de ahí que se haya abogado por la necesidad de aislar el problema, centrarlo y solucionarlo, sin por ello poner obstáculos insalvables al “sistema de responsabilidades del artículo 42 ET, con perjuicios imprevisibles en el empleo y en un tejido productivo posindustrial habituado a estas formas de externalización”²⁹.

²⁸ Pero es que además esta proposición va a tener un breve recorrido o, al menos, así parece deducirse de la decisión adoptada por el Ejecutivo, toda vez que el Gobierno ha presentado un conflicto entre órganos constitucionales en relación con el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2016, ratificado el 20 de diciembre de 2016, por el que, rechazando la disconformidad expresada por el Gobierno, se toma en consideración para su tramitación por el Pleno la Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados²⁸. Ahora bien, a fecha de cierre de este artículo (abril de 2018), la tramitación parlamentaria de dicha iniciativa sigue en curso, véase la última referencia en el BOCG. Congreso de los Diputados, 3.5.2017.

²⁹ Véanse las atinadas propuestas del profesor Lahera Forteza en

3. La respuesta convencional a las empresas multiservicios

El Acuerdo para el Empleo y la negociación colectiva (en lo sucesivo, AENC)³⁰ señala que “en cuanto a la subcontratación y la externalización productiva y subrogación de actividades, empleo y condiciones de trabajo, ante la importancia y extensión adquirida por las distintas formas de organización productiva y societaria, en un contexto de externalización creciente de las actividades por parte de las empresas que ha dado lugar a regulaciones legales que establecen derechos de información para la representación de los trabajadores, los firmantes del presente acuerdo consideran necesario que la negociación colectiva contribuya a facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 del ET. Ello redundará en la seguridad del empleo y en el cumplimiento de las condiciones laborales establecidas legal y convencionalmente” al tiempo que hace un llamamiento específico al establecer que estas “nuevas modalidades de organización productiva y societaria que, en ocasiones revisten una notable complejidad, no deben suponer la inaplicación de la regulación convencional correspondiente, ni la cesión ilegal de trabajadores”.

El riesgo de inaplicación convencional o más frecuentemente la afectación de otro resultado pactado no ha podido ser minimizado con la suscripción del acuerdo lo cual parece especialmente lógico si tenemos en cuenta que uno de los aspectos más importantes de la Ley 3/2012 fue precisamente la modificación operada en el art. 84.2 ET para establecer una preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en determinadas materias.

3.1. El plan de acción confederal de CCOO y UGT

Las federaciones sindicales mayoritarias han realizado, con buen criterio, una ofensiva judicial en aras a la impugnación de los convenios de empresas multiservicios, negociados claramente a la baja respecto a los estándares contenidos en la negociación sectorial de referencia. Esta decisión, coherente con la estrategia desarrollada en el ámbito sectorial, ha supuesto, en la práctica, su postergación como signatarios de estos

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/19/midiner/1505846797_144222.html.

³⁰ BOE 20.6.2015.

convenios y aun así según estimaciones de la UGT “50.000 trabajadores ven reguladas sus condiciones por convenios de empresas multiservicios”³¹; convenios que, en su mayoría, solo prevén “cláusulas genéricas de remisión, en lo no previsto en ellos, al ordenamiento laboral común, sin hacer ninguna referencia a los convenios colectivos sectoriales que regulan las diferentes actividades que desarrollan ni establecer salvedad alguna al respecto”³², cuando sería muchísimo más efectivo para la protección de los trabajadores de estas empresas que se incorporase una remisión expresa al convenio sectorial como derecho supletorio, urgiendo a sus signatarios a tratar de incluir esta previsión en las futuras negociaciones.

3.2. La respuesta sectorial

La plena consolidación de las empresas multiservicios en el tráfico mercantil no solo ha generado una competencia desleal³³ sino una precarización de las condiciones de trabajo. Para tratar de enmendar esta situación, la negociación colectiva debiese tener un relevante papel en la regulación de múltiples aspectos afectantes a los procesos de subcontratación, significadamente si la externalización se ha instrumentalizado a través de una empresa multiservicio³⁴.

Hasta el momento, la negociación colectiva sectorial ha postulado tres vías de reacción:

La primera ha sido ideada en sectores muy afectados por la descentralización productiva, incluyendo mecanismos de subrogación convencional con el objetivo de garantizar el empleo de los trabajadores, siendo bastante frecuente que condicionen la aplicación de este mecanismo al cumplimiento de determinados requisitos de carácter formal (entre otros, exigir que el trabajador acredite una determinada antigüedad en la empresa o que esté vinculado a la misma por un determinado tipo de

³¹ Con un completo cuadro de los convenios de empresas multiservicios actualmente vigentes, UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, op. cit., p. 10.

³² Conferencia dictada por Emilio Palomo Balda en las Jornadas de Estudio organizadas por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO. Puntos Críticos en materia de Libertad Sindical y Negociación Colectiva (p. 21, original multicopiado).

³³ López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación Laboral*, vol. 110, 2017, pp. 69-71.

³⁴ Ramos Quintana, M.I., “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, vol. 25, 2016, p. 15, del documento electrónico.

contrato), de modo que la subrogación solo se produce si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que en el mismo se disponen. La función de estas cláusulas es evitar que la continuidad de los contratos, en sectores fuertemente expuestos a la subcontratación, quede al albur de la voluntad del nuevo contratista, imponiéndole la obligatoria subrogación en los contratos de todos o parte de los trabajadores empleados por el anterior titular de la contrata.

La negociación colectiva ha ido dotando de mayor sofisticación y detalle la regulación de las cláusulas de subrogación convencional, delimitando con mayor o menor precisión los supuestos en que esta procede y los requisitos que deben cumplirse para que opere este mecanismo³⁵. Buen ejemplo de la afirmación anterior se observa en la cláusula de subrogación pactada en el convenio sectorial de limpieza³⁶, la cual no solo regula de manera muy detallada el proceso, previendo que “operará la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de contratista o de subcontratista, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del artículo del presente convenio, en cualquier tipo de cliente, ya sea público o privado” sino que la misma ha sido modificada para garantizar la subrogación incluso aunque el servicio se haya visto reducido en la nueva adjudicación³⁷.

Mayores dudas de legalidad plantean las cláusulas contenidas en varios convenios de ámbito sectorial que contemplan la obligación de subrogación en los supuestos de reversión de la contrata o internalización del servicio. Pues bien, compartimos que este tipo de cláusulas solo serán aplicables en el caso en que la empresa cliente pertenezca al mismo sector de actividad que la empresa contratista, un supuesto, sin duda, muy excepcional, pues las empresas multiservicios suelen cubrir servicios de carácter auxiliar, normalmente ajenos al ciclo productivo de la empresa principal³⁸.

Otro problema que plantean estos mecanismos subrogatorios es su aplicabilidad cuando es una empresa multiservicio la adjudicataria y la misma cuenta con convenio de empresa propio, cronológicamente

³⁵ De la Puebla Pinilla, A., “Subrogación convencional y sucesión de empresas”, *Revista Gallega de Derecho Social*, vol. 1, 2017, p. 85.

³⁶ BOE 23.5.2013.

³⁷ El texto del convenio fue modificado en aras a garantizar la estabilidad en el empleo pues se acordó que el mecanismo de subrogación operará en todo caso. Véase el texto vigente en el BOE 17.10.2014.

³⁸ Véanse convenios citados en la nota 216, Aragón Gómez, C., “Cláusulas de subrogación convencional”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo, Lefebvre el Derecho, Madrid, p. 443.

anterior al convenio de sector. Parte de la doctrina judicial ha entendido que si el convenio sectorial prevé la obligación de subrogación y el de empresa no, aunque este último sea anterior, estaríamos “ante un supuesto de concurrencia no conflictiva de normas, que no impediría la aplicación del sectorial”³⁹, esta interpretación, sin embargo, ha sido cuestionada por parte de la doctrina más solvente en la medida que considera que la misma parte de un presupuesto previo voluntarista: “que la no regulación de mecanismos regulatorios en el convenio empresarial constituye una laguna convencional que determina la aplicación de la cláusula general de supletoriedad de la normativa estatutaria, obviando que esa omisión convencional probablemente sea deliberada”⁴⁰, de ahí que entendamos que resultaría de aplicación el convenio de empresa, salvo que este remita expresamente a eventuales previsiones sectoriales en materia de subrogación⁴¹.

La segunda medida se dirige a la inclusión en el ámbito funcional del convenio sectorial a las empresas multiservicios; sirvan como ejemplo las tipologías de cláusulas contenidas en el convenio de hostelería de Málaga⁴² que prevé que las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el convenio sectorial o la contenida en el CC de Hostelería de Las Palmas⁴³ que prevé que dicho texto se aplicará a todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional del convenio sectorial, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que estos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo, y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento, excluyendo «de esta obligación aquellos servicios o tareas especializadas, prestados por trabajadores o trabajadoras cuya categoría profesional y/o funciones no se encuentren incluidos en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería».

Esta decisión sindical no persigue tanto la inclusión de nuevas actividades

³⁹ STSJ Cataluña 20.1.2017 (Rº 6643/2016) o STSJ Castilla la Mancha 18.2.2016 (Rº 1801/2015).

⁴⁰ Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, *op. cit.*, p. 111.

⁴¹ Aragón Gómez, C., “Cláusulas de subrogación convencional”, *op. cit.*, p. 445.

⁴² BOPMA 31.10.2014.

⁴³ BOP 1.2.2014.

sino la intención de vincular a empresas multiservicios, independiente del objeto social con el que dichas empresas operen en el sector, poniendo el acento en la actividad desarrollada, con independencia de la forma jurídica que la empresa adopte si bien esta redacción omnicomprendiva pudiese plantear problemas en lo que hace a la capacidad de la patronal pactante para representar a estas empresas multiservicios. Ahora bien, el art. 82.3 ET prevé que los “convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia” y del mandato estatutario se colige que el convenio ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Sentado lo anterior, la representación de los sujetos negociadores en los convenios colectivos estatutarios es legal y no voluntaria, es decir, la cuestión se plantea en relación a la representatividad de los sujetos negociadores⁴⁴.

Partiendo de la naturaleza legal de la representatividad patronal, una vez que una asociación empresarial acredita tener el porcentaje de empresas adheridas (y de trabajadores ocupados por ellas) que establecen dichos preceptos, la misma quedará legitimada para negociar en el marco del ET y, en razón de ello, el acuerdo o convenio colectivo alcanzado tendrá eficacia general⁴⁵. Con este tipo de cláusulas “no se produce extralimitación o intromisión alguna en el ámbito sectorial con infracción de las reglas de legitimación negociadora pues no se incluye a empresario y trabajadores ajenos a los legitimados para negociar”⁴⁶. Es más, si así fuera, la empresa multiservicio impugnaría el convenio, fundamentando su demanda en la jurisprudencia del TS⁴⁷ que señala que “la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten, no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negociadora de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la

⁴⁴ Esteve Segarra, A., “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, vol. 71, 2015, p. 47.

⁴⁵ En relación a los acuerdos fin de huelga pero cuyas concusiones son trasladables al supuesto aquí analizado, Rodríguez Fernández, M.L., “La eficacia jurídica de la negociación colectiva sectorial de carácter transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF”, *Iustel. RGSS*, vol. 7, 2004, p. 12.

⁴⁶ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁷ STS 21.1.2010 (Rº 208/2009).

negociación”.

Para minimizar estos riesgos, debemos valorar como muy positiva la redacción de la cláusula prevista en el CC Hostelería de Alicante⁴⁸ a este respecto. Para evitar la competencia desleal obliga a todas las empresas incluidas en su ámbito funcional y que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza a incluir en el contrato mercantil “una cláusula por la que se obliga a la empresa externa a cumplir con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el convenio de hostelería para todos los trabajadores que presten servicios en empresas que son objeto de dicho convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en el art. 42 y 64 ET”. Se cierra esta regulación con un sistema de garantía al prever que “la empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente de las obligaciones previstas en este artículo”. Dos son las razones que permiten afirmar la idoneidad de esta regulación convencional:

La primera, porque armoniza las condiciones económicas de la contrata con las condiciones laborales del personal llamado a ejecutarla, incorporando expresamente esta protección en el articulado del contrato mercantil lo que permite su aplicación, aun existiendo un convenio de empresa y, en segundo lugar, porque apuntala la protección al “disponer que la empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente de la obligación que establece, lo que significa que los trabajadores de la empresa contratista pueden accionar frente a la empresa comitente si su empleadora les sujeta a unas condiciones inferiores a las establecidas en el convenio sectorial”.

La tercera tipología de cláusulas se centra en establecer prohibiciones o limitaciones a la externalización de actividades, con cláusulas que bien contemplan una prohibición absoluta, tal es el caso del convenio de exhibición cinematográfica de Girona, Lleida y Tarragona⁴⁹ que taxativamente señala que “no se permite contratar a personal de empresas de servicios integrales o de empresas de servicios para prestar servicios en régimen de dependencia, es decir, dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa de exhibición” de aquellas otras cláusulas que optan por limitar los puestos susceptibles de externalización. Como ejemplo de esta otra tipología cabe referir el convenio de hostelería de Tenerife⁵⁰ que prohíbe a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación

⁴⁸ BOP Alicante 28.9.2017.

⁴⁹ DOGC 29.8.2016.

⁵⁰ BO Tenerife 28.10.2015.

la subcontratación con otras empresas de “personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos”, admitiéndose, por el contrario, que sean objeto de contratación o subcontratación actividades profesionales, de carácter accesorio en el sector (seguridad, jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo y especializadas de limpieza, etc.)⁵¹.

Al igual que ocurre con las empresas de trabajo temporal, las cláusulas que impongan la prohibición de recurrir a empresas multiservicios podrían considerarse contrarias a la legislación de competencia, habida cuenta que el art. 1.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia⁵², expresamente declara que “se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”. A este respecto, conviene recordar que la doctrina judicial ha validado regulaciones convencionales que si bien limitan el uso de la contratación indirecta a través de empresas de trabajo temporal condicionan la legalidad de dichas cláusulas a que las mismas no estableciesen limitaciones -ni mucho menos prohibiciones- sino mejoras de los derechos laborales de los trabajadores afectados por el convenio en la línea de lo que viene siendo un deseo del legislador de reducir la dualidad y temporalidad del mercado de trabajo⁵³.

3.3. Nuevos caminos a transitar: convenios de empresas vinculadas

El RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, dio carta de naturaleza a un nuevo ámbito al reconocer a los convenios de redes de empresas. Esta modificación normativa, muy aplaudida en el momento de aprobación de la reforma, permitiría una regulación convencional homogénea o al menos, equitativa de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la externalización productiva pues es evidente que el desigual tratamiento convencional es el mecanismo que materializa las diferencias de costes

⁵¹ UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, UGT, Madrid, 2016, p. 28.

⁵² BOE 4.7.2007.

⁵³ Muñoz Ruíz, A.B., “El contrato de apoyo a los emprendedores en la negociación colectiva: derecho necesario, mejora y libre competencia”, *Información Laboral*, vol. 9, 2015.

laborales entre los trabajadores de la principal, generalmente regidos por convenio propio, y los trabajadores de empresas auxiliares, cubiertos, por lo habitual, por convenios de carácter sectorial provincial, cuando no por convenios de empresas, negociados claramente a la baja. Lamentablemente este nuevo ámbito apenas ha tenido acogida en el mapa negociador español, en parte por la complejidad que plantea la articulación de una negociación colectiva susceptible de homogeneizar las condiciones laborales de los distintos trabajadores contratados por la pluralidad de empresas que conforman la red. El poder de negociación de muchas de las empresas contratistas -singularmente si estas son multiservicios- es extremadamente débil, de ahí que “fijar la unidad de negociación en función de estos criterios resulta inestable e inseguro”⁵⁴.

Una de las escasas experiencias en este sentido la ofrece el convenio suscrito entre Adecco Outsourcing S.A.U y Atlas Servicios Empresariales SAU que tiene por objeto regular las condiciones de trabajo entre las empresas citadas y los trabajadores de las mismas. A juicio de uno de los sindicatos firmantes de dicho convenio, su rúbrica se “enmarca dentro de la campaña confederal emprendida en el ámbito de las empresas multiservicios. En nombre de CCOO, ha firmado una representante de la Federación de Servicios, un representante de la Federación de Industria y un representante de la Federación de Servicios, lo que visibiliza la multisectorialidad en las que incurren estas empresas”⁵⁵.

Para calibrar su importancia, se ha de recordar que este acuerdo consolida la doctrina judicial⁵⁶ que entiende que cuando se trata de establecer el convenio aplicable a trabajadores de una empresa multiservicios se ha de determinar cada una de las actividades ofertadas para aplicar el convenio que se corresponda con esas actividades a los trabajadores ocupados en las tareas inherentes a aquellas; serían de aplicación, por consiguiente, tantos convenios como actividades lleva a cabo la empresa multiservicios. Solo en el caso de no existir convenio sectorial será de aplicación el convenio de empresas vinculadas suscrito, utilizando para ello la siguiente cláusula: “Y así, si la actividad a realizar tiene un carácter transversal y esta se regula

⁵⁴ Tomás Jiménez, N., *Los sujetos del convenio colectivo: partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013, p. 206.

⁵⁵ BOE 4.7.2017.

⁵⁶ El entrecomillado pertenece al Criterio operativo Inspección sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios. Y con múltiples referencias a Expedientes de la CCNCC que confirma esta interpretación, Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, op. cit., p. 85; Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, op. cit., p. 60.

específicamente por un convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, autonómico o provincial, será este el convenio colectivo que se tome como referencia de aplicación. (...) Para el caso de que la actividad a realizar no se encuentre en ninguno de los supuestos anteriores; es decir, cuando la actividad a realizar no esté regulada específicamente por un convenio se aplicarán en su integridad las condiciones establecidas en el presente convenio colectivo (v.gr.: servicios auxiliares de controles de acceso, conserjería, etc.)”.

3.4. ¿Es posible una negociación sectorial en el ámbito de las empresas multiservicio?

Es evidente que no existe una predisposición sindical a la suscripción de un convenio sectorial de empresas multiservicios que, en cualquiera de los ámbitos territoriales, estableciese un marco de regulación unitaria de relaciones laborales para el conjunto de empresas dedicadas a la gestión integral de servicios⁵⁷.

Sí que parece existir este interés del lado patronal como evidencia la creación de la “asociación de empresas de externalización de servicios auxiliares a la producción”⁵⁸. En lo que hace a su objeto fundacional, sus propios estatutos (art. 6) establecen como fines de la asociación los de representar, gestionar y defender los intereses empresariales o profesionales de sus asociados frente a sindicatos, pudiendo intervenir en negociaciones y adoptar las decisiones procedentes en la formalización de convenios, pactos y acuerdos administrativos, fiscales, laborales y de cualquier otro tipo. Con idénticos fines se acaba de constituir la “Asociación Nacional de Empresas de Multiservicios”⁵⁹. Tanto en uno como en otro caso, su creación pretende materializar una negociación colectiva sectorial que resuelva, de una vez por todas, cuál es el convenio aplicable a las empresas multiservicios de no existir convenio de empresa. Desde la perspectiva sindical, el principal elemento en contra de la apertura de este nuevo espacio de negociación es que su consolidación vaciaría de contenido buena parte de los actuales ámbitos funcionales

⁵⁷ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁸ BOE 19.8.2016. Promovida en representación de las siguientes multiservicios: Adecco Outsourcing, S.A.U., Grupo Norte Outsourcing Servicios Integrales, Clece, S.A., D. de Eulen, S.A., DAvanza Externalización de Servicios, Stock Uno Grupo de Servicios, Ate Sistemas y Proyectos Singulares, Ctc Externalización, S.L., Atlas Servicios Empresariales, S.A.U., Ilunion Outsourcing, Acciona Facility Service, Ferroviaal Servicios, S.A., y Adaptalia, Especialidades de Externalización, S.L.

⁵⁹ BOE 7.10.2017.

sectoriales, toda vez que las empresas multiservicio no crean una nueva actividad sino una forma de prestar la actividad, de modo que prácticamente todos los servicios que ofertan a terceras empresas (salvedad hecha del sector de control de acceso, huérfano de convenio) son, a su vez, actividades que cuentan con regulación sectorial. La hipotética aprobación de este convenio sectorial supondría un vaciamiento del ámbito funcional de algunos textos vigentes; ahora bien, si la apertura de este nuevo ámbito funcional mejorase las paupérrimas condiciones laborales de los trabajadores de este sector (aunque solo alcanzase a aquellos no regidos por convenios de empresa) podría suponer un tímido avance en la protección de este colectivo, máxime ante la falta de intervención legislativa en el sector privado.

La mejor doctrina⁶⁰ ha postulado una solución intermedia a este respecto mediante la utilización de una fórmula que “se revela especialmente útil para zanjar la cuestión, cual es la negociación de un Acuerdo Interprofesional, mecanismo que no solo es el que mejor se acomoda al principio de autonomía colectiva que informa nuestro sistema de relaciones laborales sino el que tiene la virtualidad necesaria para procurar una solución de eficacia general e inobjetable jurídicamente”.

4. La respuesta judicial

La última vía de protección de los trabajadores de las empresas multiservicios está siendo articulada por la doctrina judicial: de un lado, aplicando el convenio sectorial incluso a empresas que cuentan con convenio colectivo propio y, de otro, mediante la anulación en sede judicial de muchos convenios de empresas multiservicios por vulnerar el principio de correspondencia en relación al ámbito de afectación del convenio suscrito y la legitimidad del representante legal firmante.

4.1. La aplicación del convenio sectorial aun existiendo un convenio de empresa

La apelación al fraude de ley para justificar la aplicación del convenio sectorial ha sido el argumento esgrimido en la STSJ Andalucía (Málaga) de

⁶⁰ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 18.

19 de abril de 2017⁶¹ al entender que los servicios prestados por la demandante se encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio provincial de hostelería, citando en apoyo de su tesis las STJS Canarias de 4 de diciembre de 2015 -recurso 1063/2015-. El referido convenio dispone, en su artículo 1 que será de aplicación a las empresas y trabajadores del sector de la hostelería y que se incluyen en este sector todas las empresas que, independientemente de su titularidad y fines perseguidos, realicen en instalaciones fijas o móviles y tanto de manera permanente como eventual una serie de actividades, regulando en las secciones primera y segunda, los hoteles y en su artículo 3.1 que a las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el convenio sectorial

Aunque la empresa multiservicio demandada cuenta con un convenio propio⁶², el TSJ sostiene que “el artículo 42 ET regula la subcontratación de obras o servicios entre empresas, permitiendo que el objeto de la misma sean obras o servicios correspondientes a la propia actividad desempeñada, estableciendo unas garantías para los trabajadores en estos supuestos. A su juicio, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia de 21 de julio de 2016 entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la misma, y sostiene que si la actividad subcontratada corresponde a la propia actividad de aquella, los trabajadores de esta tienen derecho al reconocimiento de las garantías establecidas en el artículo 42 ET, en concreto, de las obligaciones de seguridad social y de naturaleza salarial, en los términos establecidos en el apartado segundo del mismo”.

Para sostener este fallo, el TSJ considera que “esta conclusión viene avalada por el contenido del artículo 3.1 CC de hostelería de la provincia de Málaga, que reconoce a las camareras de pisos las condiciones que figuran en ese convenio colectivo con independencia de que la empresa que las haya contratado no sea la titular del hotel”, y “aunque no se argumente expresamente parece que es el fraude de ley la pértiga que permite a la Sala elevarse por encima de la previsión contenida en el art. 84.2 ET”⁶³. También la STSJ Canarias (Las Palmas) de 10 de febrero de

⁶¹ Recurso 387/2017. El TS ha inadmitido el recurso presentado por la empresa en un reciente Auto de 22.2.2018, confirmando así la sentencia del TSJ andaluz.

⁶² BOE 31.8.2009.

⁶³ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 44.

2017⁶⁴ entiende aplicable el convenio sectorial a pesar de la existencia de un convenio de empresa, entendiendo que “el artículo 1 del convenio provincial de hostelería establece que el mismo afectará a las empresas contratadas para prestar servicios en establecimientos sujetos al ámbito funcional del convenio que quedan obligadas a aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentran prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda la categoría del establecimiento”.

A juicio de la Sala, esta previsión persigue evitar la utilización de la técnica de la contrata o subcontrata para burlar las exigencias legales tuitivas previstas a favor de los trabajadores cuando interviene una ETT, que sí tiene obligación expresa de respetar las condiciones de trabajo o salariales propias de los trabajadores de la misma categoría pertenecientes a la empresa principal.

Aun compartiendo que uno de los mayores desafíos para la protección de los trabajadores de las empresas multiservicios y, en consecuencia, para la acción sindical en este ámbito es “definir cómo dar respuesta a las formas de organización de las empresas que, a través del proceso de descentralización o externalización de actividades, tratan de soslayar la negociación colectiva, deteriorar las condiciones de trabajo y provocar la depresión de los salarios y los derechos laborales”⁶⁵, el vigente artículo 84.2 ET admite una negociación “*in peius*”⁶⁶, por ello y, aun pareciéndonos muy loables los pronunciamientos referidos, a la luz del derecho positivo parece que tendrán poco recorrido.

4.2. La anulación de los convenios de empresas multiservicios

Un completísimo análisis de la negociación colectiva desarrollada en este ámbito ha puesto el acento tanto en la elevada participación de sujetos independientes de naturaleza unitaria como signatarios del convenio como en la escasísima duración de los periodos de negociación⁶⁷. Con buen

⁶⁴ Recurso 1138/2016 y las SSTSJ Canarias 20.3.2017 (R° 1136/2016), 21.3.2017 (R° 3/2017), 13.6.2017 (R° 558/2017).

⁶⁵ UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁶ Muy crítico con la argumentación del TSJ, Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁷ Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*,

criterio, CCOO y UGT han realizado una ofensiva judicial en aras a la impugnación de estos convenios, alegando vulneración de las normas de capacidad y legitimación estatutarias, consiguiendo la anulación de muchos de ellos por conculcar el principio de correspondencia⁶⁸. La mayoría de estos convenios han sido negociados por delegados de personal elegidos en un único centro pero pretenden extenderse a todos los centros de la empresa, siendo anulados por los Tribunales, toda vez que el ámbito funcional del convenio tiene un alcance mayor que la representatividad legal que el delegado ostenta.

5. Algunas consideraciones finales

Es evidente que ante la plena consolidación de las empresas multiservicios y la anomia legal en la materia, el papel de la acción sindical y de la negociación colectiva sectorial devienen fundamentales, debiendo valorarse de forma muy positiva que tanto UGT como CCOO hayan acordado un plan de acción conjunta en relación a este nuevo operador jurídico, básicamente concretado en la no promoción de convenios en empresas multiservicios en tanto no se reforme el marco legal. Esta decisión, coherente con la estrategia sindical desarrollada en el ámbito sectorial, ha supuesto, en la práctica, su postergación como signatarios de estos convenios.

De manera más propositiva, existe un cierto consenso doctrinal y social en la necesidad de reformular el marco jurídico y para ello los sindicatos han instado a extender la solución arbitrada en la Ley de Contratos del Sector Público aunque, a nuestro juicio, sería más conveniente que se produjese una modificación legislativa que abordarse a las empresas multiservicios en su integridad, legislando allá donde la regulación convencional no ha llegado.

6. Bibliografía

Aragón Gómez, C., “Cláusulas de subrogación convencional”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo, Lefebvre el Derecho, Madrid.

op. cit., p. 94.

⁶⁸ Puede consultarse el Informe elaborado por la Secretaría de Acción Sindical de UGT en relación a los convenios de empresa multiservicios anulados en: portal.ugt.org/actualidad/2015/diciembre/inf-03.pdf.

- De la Puebla Pinilla, A., “Subrogación convencional y sucesión de empresas”, *Revista Gallega de Derecho Social*, vol. 1, 2017.
- Esteve Segarra, A., “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015”, *Revista de información laboral*, vol. 9, 2015, pp. 17-30.
- Esteve Segarra, A., “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, vol. 71, 2015, pp. 39-54.
- Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- García Rubio, M. (coord.), *Declaración del Consejo Autonómico de Fundaciones del Principado de Asturias acerca de la contratación pública responsable y de las cláusulas sociales en los pliegos públicos de contratación*, Consejo Autonómico Fundaciones Principado de Asturias, Gijón, 2016.
- Gimeno Diaz de Atauri, P., “La aplicación de convenios colectivos en la prestación transnacional de servicios y el CETA ¿hay riesgo de nuevos “casos Ruffert”?”, en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ed.), *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea*, Cinca, Madrid, 2017.
- González Calvo, M., “Presentación”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid.
- López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación Laboral*, vol. 110, 2017.
- Martínez Fons, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009.
- Miranda Boto, J.M., “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 2, 2016, pp. 69-91.
- Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Nieto Rojas, P., “La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios”, *Información Laboral*, vol. 7, 2017, pp. 229-249.
- Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid.

- Ramos Quintana, M.I., “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, vol. 25, 2016.
- Rodríguez Fernández, M.L., “La eficacia jurídica de la negociación colectiva sectorial de carácter transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF”, *Iustel. RGSS*, vol. 7, 2004.
- Rodríguez Fernández, M.L., *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, Comares, Granada, 2016.
- Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Cláusulas sociales y contratación pública”, *Diario La Ley*, vol. 8776, 2016.
- Tomás Jiménez, N., *Los sujetos del convenio colectivo: partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013.
- UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, UGT, Madrid, 2016.
- Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Atelier, Barcelona, 2016.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo